

Consulta con relación a la posibilidad de incluir la experiencia en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como criterio de adjudicación de concursos. Informe 8/1999, de 29 de noviembre .

Tipo de informe: Facultativo.

DICTAMEN

ANTECEDENTES.

Por el Ilmo. Sr. Interventor General, con fecha 21 de octubre de 1.999 se dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se solicita de esa Junta Regional de Contratación Administrativa que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 14/1996, de 14 de abril, por el que se crea la misma, emita informe sobre la procedencia o improcedencia de emplear como criterios objetivos de valoración de las proposiciones en los concursos los medios que se especifican para valorar la solvencia de las empresas y, en concreto, la experiencia y si, por tanto, puede este criterio ser incluido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se plantea en el presente asunto consiste en determinar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si puede utilizarse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, como criterio de adjudicación la experiencia y su diferenciación de los criterios de admisión de licitadores plasmados estos últimos en los requisitos de solvencia técnica y profesional para los distintos contratos.

La cuestión, tal y como se indica en la consulta, debe ser examinada desde el punto de vista de la normativa comunitaria, constituida por la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992 sobre contratos de servicios y la Directiva 93/37/CEE, de 14 de julio de 1993, sobre contratos de obras, sin olvidar la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículos 16, 17, 18, 19 y 87) que siguen fielmente el criterio de las Directivas Comunitarias indicadas, y que vienen a distinguir entre requisitos de solvencia que han de reunir los empresarios para concurrir a contratos convocados por la Administración, y los criterios para la adjudicación de los contratos que han de utilizar los órganos de contratación, bien sea el precio más bajo para las subastas, bien sean otros criterios enumerados para los supuestos de adjudicación por concurso.

2. La Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, contempla en su Título IV, Capítulo II, con la rúbrica de "Criterios de selección cualitativa", que la capacidad técnica del proveedor podrá acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad y la utilización de los

productos que se vayan a suministrar e incluye en su apartado a) "una relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados".

Por otro lado, en el Capítulo III, bajo la rúbrica de "Criterios para la adjudicación de contratos" establece en el artículo 26.1.b) que "en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio posventa y la asistencia técnica".

Quiere ello decir que la Directiva 93/36/CEE está contemplando dos fases diferentes a la vez que establece requisitos también distintos para la selección de contratistas y la adjudicación del contrato, mencionando para la primera fase, entre otros, el requisito de la experiencia o relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años y para la segunda fase, una serie de criterios objetivos que, aún enumerados a título ejemplificativo, nada tienen que ver con la experiencia, precisamente por venir este requisito incorporado a la primera fase de selección de contratistas.

Ello va unido al contrasentido que supondría el que la experiencia siempre figurase como requisito de selección en la subasta y nunca como criterio de adjudicación, que sería siempre el del precio más bajo y que, en cambio, en el concurso podía figurar indistintamente en la fase de selección y en la fase de adjudicación, debiéndose sostener que, tanto en la subasta como en el concurso, la experiencia es uno de los requisitos de solvencia técnica que puede exigirse al contratista y que la adjudicación ha de realizarse a la proposición de precio más bajo, en la subasta, o a la que cumpla ciertos criterios objetivos, nunca la experiencia, en el concurso.

En tales términos se ha manifestado, entre otros, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87- "Beentjes").

3. Estas conclusiones obtenidas a la luz de las Directivas Comunitarias son plenamente aplicables desde el punto de vista de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que igualmente establece una diferenciación entre requisitos para poder contratar (acreditar la solvencia económica, técnica, financiera y profesional) y los criterios de adjudicación de carácter objetivo entre los cuales no se encuentra la experiencia.

4. No obstante, resulta conveniente poner de manifiesto, que el criterio anteriormente expuesto resulta de aplicación para los procedimientos abiertos, no así respecto al procedimiento restringido y negociado.

Y ello es así, por cuanto el art. 93 de la LCAP que regula el procedimiento restringido, viene a diferenciar entre una primera fase de anuncio de convocatoria y presentación de solicitudes de participación y otra segunda de invitación a las empresas seleccionadas, presentación de ofertas y adjudicación del contrato, debiendo establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con carácter previo al anuncio, como dice el apartado 1.a) del citado artículo 92, "los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habrá de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento", no pudiéndose identificar estos criterios con los recogidos en el art. 87 de la LCAP, por cuanto que los

primeros se establecen para invitar a participar y los segundos para adjudicar el contrato por concurso.

Así, no puede deducirse obstáculo alguno, para que, a través de los criterios objetivos para invitar a participar se atienda a la experiencia o cierta especialización de las empresas, ya que si la finalidad de este procedimiento, como su propio nombre indica, es restringir el acceso al mismo a determinadas empresas, pudiendo limitar su número, resulta de todo punto lógico que esta restricción pueda llevarse a cabo mediante el criterio de la experiencia o especialización de las empresas, lo que confirma el artículo 110, párrafo cuarto del Reglamento General de Contratación del Estado.

En cuanto al procedimiento negociado, su propia esencia como procedimiento de adjudicación sin sujeción a criterios previamente determinados y la simplicidad del procedimiento de adjudicación, permiten sostener que la experiencia puede jugar a la vez como requisito de aptitud y criterio de adjudicación, sin que exista base normativa para establecer una diferenciación, a estos efectos, entre la fase de selección del contratista y verificación de su aptitud y la fase de adjudicación del contrato.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.** Que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la citada Ley.
- 2.** Que la conclusión anterior, que se considera incuestionable en el procedimiento abierto, no tiene aplicación, por su naturaleza específica, en el procedimiento negociado y debe ser objeto de matizaciones en relación con el procedimiento restringido, dado que entre los criterios objetivos a que se refiere el artículo 92.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, diferentes de los enumerados en el artículo 87, pueden incluirse, cuando las características del contrato lo aconsejen, los que hagan referencia a la experiencia de la empresa, si bien, y coherente con lo expuesto, este mismo criterio de la experiencia no puede recogerse posteriormente como baremo para la adjudicación en los concursos.